



**University of
Zurich^{UZH}**

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2006

Neues Bundesgerichtsgesetz: Rechtsschutz gewahrt

Gächter, Thomas ; Thurnherr, Daniela

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-175467>
Journal Article

Originally published at:

Gächter, Thomas; Thurnherr, Daniela (2006). Neues Bundesgerichtsgesetz: Rechtsschutz gewahrt. Plädoyer:32-42.

plädoyer

MAGAZIN FÜR RECHT UND POLITIK

REVUE JURIDIQUE ET POLITIQUE

Bundesgericht
Das sind
die neuen
Rechtsmittel

Droit international
L'affaire Habré:
la compétence
universelle niée?

Thomas Fingerhuth, Strafverteidiger:

**"Eine anonyme Aussage
ist keine Urteilsgrundlage"**

Neues Bundesgerichtsgesetz:

■ Thomas Gächter* und
Daniela Thurnherr**

Das neue Bundesgerichtsgesetz ersetzt Anfang 2007 das Organisationsgesetz. Die Rechtsmittel werden vereinheitlicht, das Verfahren vereinfacht. Bei Streitwerten unter 15 000 oder 30 000 Franken prüft das Bundesgericht nur noch Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung. Trotzdem bleibt der Rechtsschutz gewahrt. Das Parlament gab dem befürchteten massiven Justizabbau Gegensteuer: Es führte subsidiär die Verfassungsbeschwerde ein. Ein Überblick und eine kritische Würdigung.

Am 1. Januar 2007 wird das Bundesgerichtsgesetz (BGG) das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) ersetzen. Der folgende Beitrag nimmt zur Frage Stellung, ob das BGG den Zielen der Reform der Bundesrechtspflege gerecht wird.

1 Verfahren reformieren

Das OG, das die Grundordnung der Bundesrechtspflege enthält, stammt aus dem Jahr 1943. In einer grossen Reform (1968) und einigen kleineren Revisionen wurde es in den letzten Jahrzehnten dem gewandelten Rechtsschutzverständnis angepasst (Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Ausbau der richterlichen Vorinstanzen des Bundesgerichts, Vereinfachung des Entscheidungsverfahrens, personelle Entlastungsmassnahmen).

Das Anliegen einer umfassenden Justizreform bildete ein Reformpaket im Rahmen der Totalrevision der Bundesverfassung.¹ Am 12. März 2000 haben Volk und Stände die Verfassungsgrundlagen der Justizreform angenommen.²

Die Neugestaltung der Bundesrechtspflege bildete neben anderen Anliegen wie der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV), der Vereinheitlichung des Straf- und Zivilprozessrechts (Art. 122 Abs. 1 und Art. 123 Abs. 1 BV) und der institutionellen Stärkung des Bundesgerichts (Art. 188 BV) den Kern der Vorlage (Art. 189 ff. BV). Die neuen Art. 123 und 191a Abs. 1 BV traten auf den 1. April 2003 in Kraft, Art. 191a Abs. 2 auf den 1. September 2005. Am 8. März 2005 verabschiedete das Parlament den Bundesbeschluss über das vollständige Inkraft-Treten der Justizreform. Dieser sieht vor, dass sämtliche noch nicht in Kraft getretenen Bestimmungen der Justizreform zusammen mit dem BGG und dem Verwaltungsgerichtsgesetz (VGG) in Kraft treten, was per 1. Januar 2007 der Fall sein wird.³

Gegenstand dieser kurzen Darstellung bildet nur das BGG. Ausgehend von den Zielen der Justizreform wird das neue Rechtsmittelsystem dargestellt. Im Zentrum steht die Frage, ob das BGG die Reformziele erreicht.

2 Rechtsmittel vereinfachen

Zu den offensichtlichen Mängeln des geltenden Systems zählen die Überlastung der obersten Gerichte, die Kompliziertheit des Rechtsmittelsystems sowie die Lücken im gerichtlichen Rechtsschutz.⁴ Mit der Totalrevision der Bundesrechtspflege, die neben dem BGG auch das VGG und das Strafgerichtsgesetz (SGG) umfasst, sollten die folgenden Ziele erreicht werden:⁵

- Entlastung und Stärkung des Bundesgerichts,
- Vereinfachung des Beschwerdewegs und Vereinheitlichung des Verfahrens und
- organisatorische Vereinfachung der obersten Gerichtsbarkeit.

Daneben bildet die Schliessung von Rechtsschutzlücken ein Ziel der neu gestalteten Bundesrechtspflege, doch kommt hier auch den kantonalen Gerichten – besonders im Hinblick auf die Gewährleistung der Rechtsweggarantie – eine zentrale Bedeutung zu.⁶

3 Einheitsbeschwerde einführen

3.1 Nur noch drei Rechtsmittel

Das geltende Rechtsmittelsystem ist historisch gewachsen und kompliziert. Mit dem BGG soll von einer Vielzahl von Beschwerden zum System der Einheitsbeschwerde übergegangen werden. Die Zahl der Rechtsmittel wird grundsätzlich auf drei reduziert: Eine Beschwerde in Zivilsachen, eine Beschwerde in Strafsachen und eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten.⁷ Mit diesen Beschwerden können sämtli-

Rechtsschutz gewahrt

che Rügen geltend gemacht werden, die der Prüfung durch das Bundesgericht unterstehen. Die Übereinstimmung in den Beschwerdegründen bildet das grundlegende Charakteristikum der vereinheitlichten Rechtswege.⁸ Für den Rechtssuchenden resultiert daraus eine Vereinfachung des Verfahrens, da er die Möglichkeit erhält, alle Rügen in einem Rechtsmittel vorzubringen. Abgegrenzt werden die drei Einheitsbeschwerden nach dem Kriterium, welches Rechtsgebiet vom angefochtenen Entscheid betroffen ist;⁹ dies unabhängig davon, ob es sich um kantonales oder eidgenössisches Recht oder um Verfassungs- oder Gesetzesbestimmungen handelt. Durch die Teilintegration des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (EVG) in Luzern in das Bundesgericht¹⁰ entfallen auch die Besonderheiten des geltenden Rechtsmittels im Bereich des Sozialversicherungsrechts.¹¹

3.2 Gemeinsames Prozessuales

Für jede der drei Einheitsbeschwerden gelten spezifische Bestimmungen, insbesondere zum Anfechtungsobjekt, dem Anwendungsbereich, den Vorinstanzen und dem Beschwerderecht. Die Art. 90 ff. BGG regeln daneben jene prozessualen Fragen, die für die drei Beschwerdearten gleichermaßen Anwendung finden.

Ordentliches Anfechtungsobjekt ist in allen Fällen ein Endentscheid, der sich dadurch kennzeichnet, dass er das Verfahren abschliesst (siehe Art. 90 BGG). Vor-, Zwischen- und Teilentscheide können nur in Ausnahmefällen angefochten werden (siehe Art. 91–93 BGG). Bevor gegen einen Entscheid Beschwerde beim Bundesgericht geführt werden kann, müssen ausnahmslos alle vom kantonalen Recht und vom Bundesrecht vorgesehenen Rechtsmittel ausgeschöpft worden sein. Die Beschwerde hat in jedem Fall subsidiären Charakter. Aus der Subsidiarität

der Einheitsbeschwerde ergibt sich, dass der Streitgegenstand immer im Verfahren vor den Vorinstanzen definiert wird. Neue Begehren, die nicht schon bei der Vorinstanz erhoben wurden, können vor Bundesgericht nicht vorgebracht werden. Nach Art. 42 BGG gelten erhöhte Anforderungen an die Begründung: Es ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt. Ist eine Beschwerde nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, so ist auszuführen, warum eine solche vorliegt.

3.3 Kognition eingeschränkt

Das Bundesgericht wird sich künftig ausschliesslich auf die Kontrolle der Rechtsanwendung konzentrieren können.¹² Da es hauptsächlich Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts sowie oberster kantonaler Gerichte überprüfen wird, kann es auch von der Pflicht zur vollen Überprüfung des Sachverhalts entlastet werden. Die unrichtige Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz kann nur noch insoweit gerügt werden, als dieser Mangel auf einer Rechtsverletzung beruht oder die Feststellung offensichtlich unrichtig ist (Art. 97 BGG).

Eine Ausnahme besteht für die Zuspreehung oder Verweigerung von Geldleistungen der Invaliden-, Militär- oder Unfallversicherung, wo nach wie vor jede unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts geltend gemacht werden kann (Art. 97 Abs. 2 BGG).¹³ Die Ausnahme betreffend die Geldleistungen der Invalidenversicherung wurde mit der umstrittenen Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG) vom 16. Dezember 2005 gestrichen.¹⁴ Es erscheint damit absehbar, dass auch die Ausnahmen betreffend die Militär- und Unfallversicherung bei nächster Gelegenheit entfallen werden.¹⁵

* Professor für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht an den Universitäten Zürich und Luzern

** Lehrbeauftragte an den Universitäten Zürich und Luzern sowie Gerichtssekretärin am Verwaltungsgericht des Kantons Zürich

1 BBl 1997 I 1, 487 ff.

2 Siehe BBl 2000 2990. Gegenüber den ursprünglichen Entwürfen wurden die Grundlagen noch erheblich angepasst. Die Bestimmungen über den Zugang zum Bundesgericht sind im Interesse des Rechtsschutzes restriktiver formuliert worden. Das im Vernehmlassungsentwurf noch vorgesehene Vorprüfungsverfahren wurde nicht übernommen. Siehe Botschaft BGG, BBl 2001 4220 f. sowie Regina Kiener / Mathias Kuhn, Das neue Bundesgerichtsgesetz – eine (vorläufige) Würdigung, ZBl 107 (2006), S. 141 ff., 143 f.

3 Siehe zum Ganzen auch Heinrich Koller, Grundzüge der neuen Bundesrechtspflege und des vereinheitlichten Prozessrechts, ZBl 107 (2006), S. 57 ff.

4 Botschaft BGG, BBl 2001 4211 ff.; Kiener/Kuhn (Anm. 2), S. 142.

5 Siehe Botschaft BGG, BBl 2001 4225 ff.; Koller (Anm. 3), S. 61 ff.

6 Dazu Esther Tophinke, Bedeutung der Rechtsweggarantie für die Anpassung der kantonalen Gesetzgebung, ZBl 107 (2006), S. 88 ff. sowie Christoph Auer, Auswirkungen der Reorganisation der Bundesrechtspflege auf die Kantone, ZBl 107 (2006), S. 121 ff.

7 Siehe zur erst im Rahmen der parlamentarischen Auseinandersetzung eingefügten subsidiären Verfassungsbeschwerde hinten 7.

8 Botschaft BGG, BBl 2001 4236.

9 Ulrich Häfelin / Walter Haller / Helen Keller, Bundesgericht und Verfassungsgerichtsbarkeit nach der Justizreform. Supplement zur 6. Auflage des «Schweizerischen Bundesstaatsrechts», Zürich/Basel/Genf 2006, S. VI. Als Ausnahme gilt, dass bei der abstrakten Normenkontrolle kantonalen Erlasse stets die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zu ergreifen ist (Art. 82 lit. b BGG).

10 Laut Art. 4 BGG befindet sich der Sitz des Bundesgerichts in Lausanne; eine oder mehrere Abteilungen haben ihren Standort in Luzern. Zwischen Lausanne und Luzern besteht Freizügigkeit der Richterinnen und Richter.

11 Art. 128 ff. OG.

12 Die im geltenden Recht in einigen (wenigen) Konstellationen zulässige Rüge

Die weiteren Verfahrensbestimmungen führen im Vergleich zum geltenden Recht zu keinen Änderungen. Das Bundesgericht wird auch in Zukunft das Recht von Amtes wegen anwenden, ohne an die Begründung der Parteien gebunden zu sein. Grundrechtsverletzungen sowie Verletzungen von kantonalem und interkantonalem Recht werden jedoch nur unter der Voraussetzung geprüft, dass die Parteien diese geltend machen (siehe Art. 106 BGG). Dass diesbezüglich das Rügeprinzip gilt, ist besonders zu beachten, zumal künftig alle Beschwerdegründe mit demselben Rechtsmittel vorgebracht werden können.

3.4 Kostenpflicht

Gemäss Art. 103 BGG haben die drei Beschwerdearten grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung. Vom Gesetzgeber nicht geklärt wurde allerdings, ob es sich bei den Einheitsbeschwerden um ordentliche oder ausserordentliche Rechtsmittel handelt, was vor allem für die Frage nach dem Aufschub der Rechtskraft von Bedeutung ist.¹⁶

Daneben sind weitere Neuerungen für alle Rechtsmittel an das Bundesgericht von Belang: Von erheblicher praktischer Bedeutung dürfte sein, dass der elektronische Verkehr mit dem Bundesgericht künftig rechtswirksam zulässig ist. So können Rechtsschriften elektronisch eingereicht werden (Art. 42 Abs. 4 BGG). Die Fristeinhaltung bei der elektronischen Zustellung wird explizit geregelt (Art. 48 Abs. 2 BGG). Auf Wunsch der Parteien können Eröffnungen von Entscheidungen auf dem elektronischen Weg erfolgen (Art. 60 Abs. 3 BGG).¹⁷

Schliesslich kennt das BGG keine unentgeltlichen Beschwerdeverfahren mehr. In sämtlichen Fällen, in denen nach geltendem Recht keine Gerichtskosten erhoben wurden, wird die Kostenpflicht eingeführt. Aus sozialen Gründen werden die Gerichts-

kosten bei Streitigkeiten über Sozialversicherungsleistungen, über Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, aus einem Arbeitsverhältnis mit einem Streitwert bis 30 000 Franken und nach den Art. 7 und 8 des Behindertengleichstellungsgesetzes unabhängig vom Streitwert bemessen und auf 200 bis 1000 Franken begrenzt (Art. 65 Abs. 4 BGG).

3.5 Zugangsbeschränkungen

Art. 191 Abs. 2 BV sieht vor, dass für den Zugang zum Bundesgericht für Streitigkeiten, die keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung betreffen, Streitwertgrenzen eingeführt werden können. Von dieser Möglichkeit hat der Gesetzgeber bei der Beschwerde in Zivilsachen¹⁸ und – in eingeschränktem Ausmass – bei der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten Gebrauch gemacht.¹⁹

Der unbestimmte Rechtsbegriff der «Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung» muss konkretisiert werden. Die Botschaft nennt drei Fallgruppen: Erstens soll das Bundesgericht auf eine Beschwerde eintreten, wenn es die zur Diskussion stehende Rechtsfrage noch nicht entschieden hat und eine höchstrichterliche Klärung erforderlich ist, besonders weil die Rechtsprechung der Vorinstanz in dieser Frage widersprüchlich ist. Eine grundlegende Rechtsfrage soll zweitens dann vorliegen, wenn Gründe bestehen, die bisherige Rechtsprechung zu überprüfen. Schliesslich soll eine Rechtsfrage auch dann dem Bundesgericht unterbreitet werden können, wenn die Vorinstanz von der Bundesgerichtspraxis abgewichen ist.²⁰

Mangels weiterer Konkretisierung des Begriffs der Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung auf Gesetzesebene kommt dem Bundesgericht bei der Eintretensfrage ein erheblicher Spielraum zu. Als besonders bedeutsam können zweifellos umstrittene Fragen qualifiziert

werden, die einer einheitlichen Beantwortung im gesamten Bundesstaat bedürfen. Unklar ist, ob das Bundesgericht auch verpflichtet sein soll, Fälle besonders gravierender Rechtsverletzungen an die Hand zu nehmen. Die Literatur äussert sich eher ablehnend,²¹ wobei nicht übersehen werden darf, dass im Bereich der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen ein «besonders bedeutender Fall» unter anderem gerade dann vorliegen soll, wenn Gründe für die Annahme bestehen, dass elementare Verfahrensgrundsätze verletzt worden sind (siehe Art. 84 Abs. 2 BGG). Zumindest bis sich eine entsprechende Praxis eingependelt hat, wird es nicht zuletzt auf die Fähigkeit der Beschwerdeführenden beziehungsweise ihrer Vertreter ankommen, das höchste Gericht von der grundsätzlichen Bedeutung der sich stellenden Rechtsfrage zu überzeugen. Art. 42 Abs. 2 BGG verlangt von den Parteien denn auch auszuführen, inwiefern diese Voraussetzung erfüllt sei.

4 Beschwerde in Zivilsachen

Der Anwendungsbereich der Beschwerde in Zivilsachen ist in Art. 72 BGG sehr breit umschrieben. Neben den eigentlichen Entscheiden in Zivilsachen (Abs. 1) unterliegen dieser Beschwerde auch solche in Schuldbetreibungs- und Konkursachen (Abs. 2 lit. a) sowie öffentlich-rechtliche Entscheide, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Zivilrecht stehen (Abs. 2 lit. b Ziff. 1–7). Diese Durchmischung, die sich rechtsdogmatischen nicht aufgedrängt hätte, beruht auf pragmatischen Überlegungen.²²

Der Begriff der Zivilsache im Sinn von Art. 72 Abs. 1 BGG ist gleich zu verstehen wie im geltenden Recht. Er umfasst die Sachgebiete der heutigen Berufung und der Nichtigkeitsbeschwerde.²³ Zu den Schuldbetrei-

bungs- und Konkursachen im Sinn von Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG zählen einerseits die SchKG-Angelegenheiten, die von einem Gericht beurteilt werden,²⁴ andererseits die betriebsrechtlichen Beschwerdesachen, die in die Zuständigkeit der kantonalen Aufsichtsbehörden fallen. Anzumerken ist, dass materiellrechtliche Streitigkeiten, die im Laufe einer Betreibung entstehen, durch das Verfahren nicht zu SchKG-Sachen werden; geht es etwa um öffentlich-rechtliche Forderungen, so ist – unter Vorbehalt von Art. 72 Abs. 2 lit. b BGG – die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zu ergreifen.²⁵

In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der Streitwert mindestens 30 000 Franken beziehungsweise in arbeits- und mietrechtlichen Streitigkeiten 15 000 Franken beträgt (Art. 72 Abs. 1 BGG). Durch den weiten Anwendungsbereich der Beschwerde in Zivilsachen erstreckt sich die Streitwertgrenze nun auf einige Gebiete, die bisher keine solche kannten. Wenn es sich nicht um eine der Ausnahmen von Art. 72 Abs. 2 lit. b–d BGG handelt, ist die Beschwerde an das Bundesgericht nur bei Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung zulässig,²⁶ was nach Einschätzung des Bundesrates im Zivilrecht eher selten der Fall sein dürfte.²⁷

Vorinstanzen für die Beschwerde in Zivilsachen können letzte kantonale Instanzen und das Bundesverwaltungsgericht sein (Art. 75 Abs. 1 BGG). Die Kantone müssen als letzte kantonale Instanzen obere Gerichte einsetzen, die – ausser in den Ausnahmefällen von Art. 75 Abs. 2 lit. a–c BGG – als Rechtsmittelinstanzen zu entscheiden haben. Dieses Prinzip des doppelten Instanzenzugs dient in erster Linie der Entlastung des Bundesgerichts.²⁸

Beschwerdeberechtigt ist, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilge-

nommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat und über ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids verfügt (Art. 76 Abs. 1 BGG).²⁹

5 Beschwerde in Strafsachen

Als Strafsachen im Sinn von Art. 78 Abs. 1 BGG gelten sämtliche Entscheide, denen materielles Strafrecht, Verwaltungsstrafrecht oder Strafprozessrecht zugrunde liegt.³⁰ Die Beschwerde in Strafsachen tritt damit an die Stelle der Nichtigkeitsbeschwerde und – zu einem nicht unwesentlichen Teil – der staatsrechtlichen Beschwerde.³¹ Ausgeschlossen ist die Beschwerde in Strafsachen gegen Entscheide der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts, soweit es sich nicht um Entscheide über Zwangsmassnahmen handelt (Art. 79 BGG). Alle anderen strafrechtlichen Entscheide im Sinn von Art. 78 BGG sind demnach mit dieser Beschwerde anfechtbar. Die im Entwurf noch vorgesehene Streitwertgrenze, die im Hinblick auf Art. 191 Abs. 2 BV grundsätzlich zulässig wäre, wurde nicht übernommen.³²

Daneben unterliegen der Beschwerde in Strafsachen auch Entscheide über Zivilansprüche, wenn diese zusammen mit der Strafsache zu behandeln sind (Art. 78 Abs. 2 lit. a BGG). Massgeblich ist damit nicht mehr, ob das angefochtene Urteil gleichzeitig den Zivil- und den Strafpunkt behandelt,³³ sondern vielmehr, ob es sachlich gerechtfertigt erscheint, dass das Bundesgericht gleichzeitig Zivilansprüche und strafrechtliche Fragen beurteilt.

Im Hinblick auf das Interesse der Betroffenen an einem raschen Entscheid wird das Bundesgericht die Zivilansprüche demnach auch in Fällen gleichzeitig mit den Strafpunkten beurteilen, in denen die Vorinstanz

der Unangemessenheit (siehe Art. 104 lit. c und 132 lit. a OG) fällt weg.

¹³ Zur verfahrensrechtlichen Annäherung des Sozialversicherungsrechts an das übrige Bundesverwaltungsrecht siehe Ulrich Meyer-Blaser / Peter Arnold, Der letztinstanzliche Sozialversicherungsprozess nach dem bundesrätlichen Entwurf für ein Bundesgerichtsgesetz (E-BGG), ZSR NF 121 (2002), 1. Halbband, S. 485 ff.

¹⁴ BBl 2005 7287.

¹⁵ So auch Kiener/Kuhn (Anm. 2), S. 155 f.

¹⁶ Siehe dazu Martin Ziegler, Zur Rechtsnatur der künftigen Einheitsbeschwerden SJZ 102 (2006), S. 56 f., der dafür plädiert, die Einheitsbeschwerden als ordentliche Rechtsmittel zu qualifizieren, denen in den Ausnahmefällen von Art. 103 Abs. 2 und 3 BGG nur in Bezug auf die Vollstreckbarkeit Suspensivwirkung zukommt.

¹⁷ Siehe etwa Koller (Anm. 3), S. 80.

¹⁸ Siehe Art. 74 BGG.

¹⁹ Art. 85 BGG; dazu hinten 6.4.

²⁰ Botschaft BGG, BBl 2001 4309 f.

²¹ Niccolo Raselli, Hat die staatsrechtliche Beschwerde ausgedient?, AJP 2002, S. 3 ff., 5, ist der Ansicht, dass von einer Grundsatzfrage umso weniger die Rede sein könne, je offenkundiger die Verletzung sei. Siehe auch Bernhard Waldmann, Justizreform und öffentliche Rechtspflege – quo vadis?, AJP 2003, S. 747 ff., 755, der darauf hinweist, dass die subjektive Empfindung der Parteien über die Wichtigkeit ihrer Streitsache sowie das Rechtsschutzbedürfnis, welches schergewichtig durch andere Gerichtsinstanzen sichergestellt werden soll, keine Rolle spielen. Massgeblich sollen vielmehr die Wahrung eines einheitlichen Rechtsprechungsraumes sowie die Akzeptanz der Spruchpraxis nach innen und aussen sein.

²² Vergleiche Botschaft BGG, BBl 2001 4306.

²³ Botschaft BGG, BBl 2001 4306 f.

²⁴ Und zwar sowohl rein betriebsrechtliche Streitigkeiten als auch betriebsrechtliche Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle Recht; siehe Botschaft BGG, BBl 2001 4307.

²⁵ Botschaft BGG, BBl 2001 4307.

²⁶ Dazu vorne 3.5.

²⁷ Botschaft BGG, BBl 2001 4308.

²⁸ Botschaft BGG, BBl 2001 4310.

²⁹ Dadurch, dass in Art. 72 Abs. 2 BGG einige öffentlich-rechtliche Materien, die bislang im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde entschieden wurden, der Beschwerde in Zivilsachen zugeschlagen werden, verschärfen sich die

das nicht getan hat. Hingegen steht die Beschwerde in Strafsachen nicht zur Verfügung, wenn allein der Entscheid über die Zivilansprüche angefochten ist.³⁴ Ebenfalls der Beschwerde in Strafsachen unterliegen Entscheide über den Vollzug von Strafen und Massnahmen (Art. 78 Abs. 2 lit. b BGG), und zwar auch dann, wenn diese ursprünglich von einer Verwaltungsbehörde ausgegangen sind.³⁵

Vorinstanzen des Bundesgerichts können das Bundesstrafgericht oder letzte kantonale Instanzen sein, wobei es sich bei diesen – ohne Ausnahmen – um obere kantonale Gerichte handeln muss, die als Rechtsmittelinstanzen entschieden haben (Art. 80 BGG). Damit gilt auch im Strafverfahren der Grundsatz der zwei Instanzen, der im internationalen Konventionsrecht vorgezeichnet ist.³⁶ Mit der Schaffung des Bundesstrafgerichts wurde diesem Grundsatz auch in Strafsachen Rechnung getragen, die der Bundesstrafgerichtsbarkeit unterliegen.³⁷

Zur Beschwerde in Strafsachen berechtigt ist, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat und ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat (Art. 81 BGG). Beispielfhaft nennt das BGG als Beschwerdeberechtigte die beschuldigte Person, deren gesetzlichen Stellvertreter, die Staatsanwaltschaft, die Privatklägerschaft, die Opfer im Hinblick auf die Beurteilung ihrer Zivilansprüche und die Strafantragstellenden, soweit es um das Strafantragsrecht geht.

Das System der Einheitsbeschwerde führt dazu, dass die kantonale Staatsanwaltschaft, die Bundesanwaltschaft oder der Strafantragsteller vor Bundesgericht die willkürliche Anwendung des kantonalen Prozessrechts geltend machen kann, was im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde nicht möglich ist.³⁸

6 Beschwerde im öffentlichen Recht

An die Stelle der bisherigen zwei Rechtsmittel im öffentlichen Recht – der staatsrechtlichen Beschwerde (Art. 84 ff. OG) und der Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Art. 97 ff. OG) – wird künftig die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten treten.

Diese Verfahrensvereinfachung durch Beschränkung auf ein Rechtsmittel wurde mit Einführung der subsidiären Verfassungsbeschwerde allerdings wieder relativiert.³⁹ Gleichwohl resultieren aus der Neuordnung des Rechtsmittelsystems bedeutende Vorteile für die Rechtssuchenden. Aufgrund der zunehmenden Verflechtung von eidgenössischem und kantonalem Recht verursacht die Wahl des richtigen Rechtsmittels heute oftmals Schwierigkeiten.⁴⁰ Diese werden mit In-Kraft-Treten des BGG entfallen, da es für die Zulässigkeit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten unbeachtlich ist, ob der angefochtene Entscheid seine Grundlage im öffentlichen Recht des Bundes oder eines Kantons findet.

6.1 Anfechtungsobjekte

Die Beschwerde steht offen gegen Entscheide in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts, gegen kantonale Erlasse sowie in Fällen betreffend die politische Stimmberechtigung der Bürger und Bürgerinnen, Volkswahlen und Abstimmungen (Art. 82 BGG). Der Kreis der Anfechtungsobjekte wird damit weiter gezogen als im geltenden Recht.

Die Entscheide in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts (lit. a) umfassen nicht nur die Verfügung nach Art. 5 VwVG,⁴¹ sondern auch auf kantonales Recht gestützte Anordnungen. Mit dieser Umschreibung wird zudem die Anfechtung von hoheitlichen Akten im Bereich des öffentlichen Rechts ermöglicht,

die keine Verfügungsqualität aufweisen, namentlich von tatsächlichem oder informellem Verwaltungshandeln wie beispielsweise behördlichen Warnungen und Empfehlungen, der Benennung einer Strasse oder der Aufnahme eines Objekts in ein Schutzinventar.⁴² Da das Bundesgericht nach Art. 86 BGG hauptsächlich Entscheide anderer Gerichte überprüft, hängt die Anfechtbarkeit von verfüpfungsfreiem Staatshandeln von der Umschreibung des Beschwerdeobjekts auf der Stufe der Vorinstanzen ab. Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 VGG ausschliesslich Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG und der kantonale Rechtsschutz knüpft mit wenigen Ausnahmen ebenfalls an den Verfügungsbegriff an.⁴³ Dass es der Bundesgesetzgeber verpasst hat, die in der Literatur seit geraumer Zeit geforderte Anfechtbarkeit von verfüpfungsfreiem Staatshandeln, das die Rechtsstellung Einzelner beeinträchtigt, zu garantieren, ist bedauerlich.⁴⁴ Wenn gleich das Rechtsschutzdefizit bei behördlichen Realakten somit vorderhand nicht behoben wird, haben es die Kantone immerhin in der Hand, den bundesgerichtlichen Rechtsschutz durch eine extensivere Umschreibung der anfechtbaren Akte zu erweitern.

Bei der abstrakten Normenkontrolle kantonalen Erlasses (lit. b) findet unabhängig vom betroffenen Rechtsgebiet stets die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten Anwendung. Unter lit. b könnten aufgrund des Wortlauts grundsätzlich auch kantonale Verfassungsbestimmungen subsumiert werden. Das Bundesgericht lehnt die Anfechtung von (Teil-)Revisionen kantonalen Verfassungen allerdings mit der Begründung ab, die Bundesversammlung sei für deren Gewährleistung zuständig (siehe Art. 172 Abs. 2 BV). Eine Ausnahme besteht nur für Fälle, in denen das übergeordnete

te Recht zum Zeitpunkt der Gewährleistung der Bundesversammlung noch nicht in Kraft war und daher nicht berücksichtigt werden konnte.⁴⁵ Es ist davon auszugehen, dass das Bundesgericht auch künftig an dieser Praxis festhalten wird.⁴⁶ Gegen Erlasse des Bundes besteht weiterhin grundsätzlich keine Beschwerdemöglichkeit.⁴⁷ Das Bundesgericht wird wie bisher lediglich Parlaments- oder Bundesratsverordnungen bei der Anfechtung eines konkreten Anwendungsakts akzessorisch auf ihre Übereinstimmung mit dem übergeordneten Recht überprüfen.⁴⁸

Art. 82 lit. c BGG setzt Art. 189 Abs. 1 lit. f BV⁴⁹ um und dehnt die Stimmrechtsbeschwerde auf eidgenössische Wahlen und Abstimmungen aus. Mit diesem Rechtsmittel kann die Beeinträchtigung aller politischen Rechte, insbesondere des aktiven und passiven Wahlrechts, des Stimmrechts sowie des Referendums- und des Initiativrechts geltend gemacht werden. Gegenwärtig fehlt, abgesehen von marginalen Kompetenzen des Bundesgerichts in den Fällen von Art. 80 des Bundesgesetzes über die politischen Rechte (BPR),⁵⁰ ein gerichtlicher Rechtsschutz betreffend eidgenössische Wahlen und Abstimmungen, da die staatsrechtliche Beschwerde nur in kantonalen Stimmrechtssachen zulässig ist und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde Wahl- und Abstimmungsentscheide explizit ausklammert.⁵¹ Künftig kann in eidgenössischen Angelegenheiten gegen Verfügungen der Bundeskanzlei und Entscheide der Kantonsregierungen ans Bundesgericht gelangt werden (Art. 88 Abs. 1 lit. b BGG).

Da Akte der Bundesversammlung nicht angefochten werden können, wird diese weiterhin endgültig über die Ungültigerklärung eidgenössischer Volksinitiativen entscheiden, obwohl bei diesem Entscheid Rechtsfragen im Zentrum stehen, für deren Beantwortung das Bundesgericht

prädestiniert wäre. Wegen der Gefahr des Überhandnehmens politischer Argumente ist dieses Rechtsschutzdefizit aus rechtsstaatlicher Sicht problematisch. Eine Erweiterung des bundesgerichtlichen Rechtsschutzes ergibt sich immerhin aufgrund von Art. 189 Abs. 1 bis BV,⁵² wonach das Bundesgericht Beschwerden wegen Missachtung von Inhalt und Zweck einer allgemeinen Volksinitiative durch die Bundesversammlung beurteilt. Dass in diesem Fall, nicht aber gegen die Ungültigerklärung, eine Rechtsmittelmöglichkeit besteht, erstaunt, stehen doch primär Wertungsfragen im Zentrum.⁵³

6.2 Ausnahmekatalog

Während die Verwaltungsgerichtsbeschwerde einem ausführlichen Ausnahmekatalog unterliegt (siehe Art. 99–101 OG), kennt die staatsrechtliche Beschwerde keine derartigen Beschränkungen. Das BGG lehnt sich diesbezüglich an die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an und nennt in Art. 83 eine Reihe von Kategorien, in denen die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht zulässig ist. Im Wesentlichen werden die bereits heute geltenden Ausnahmen übernommen.⁵⁴ Der Verzicht auf bestimmte Negativklauseln⁵⁵ wird zu einer gewissen Verstärkung des Rechtsschutzes führen.

Infolge der Ausdehnung des Negativkatalogs auf jene Fälle, die heute der staatsrechtlichen Beschwerde unterliegen, erfährt der Rechtsschutz im bundesrätlichen Entwurf eine empfindliche Limitierung. So sollte beispielsweise auf dem Gebiet der kantonalen öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse ausser bei vermögensrechtlichen Angelegenheiten oder im Zusammenhang mit der Gleichstellung der Geschlechter keine Beschwerde beim Bundesgericht mehr ergriffen werden können (siehe Art. 83 lit. g BGG). Die im gel-

Legitimationsvoraussetzungen, da ein rechtlich geschütztes (Art. 76 Abs. 1 BGG) und nicht nur ein schutzwürdiges Interesse (Art. 89 Abs. 1 BGG) verlangt wird; siehe Kiener/Kuhn (Anm. 2), S. 151.

³⁰ Ausgenommen ist allerdings das Militärstrafrecht.

³¹ Botschaft BGG, BBl 2001 4313.

³² Siehe Botschaft BGG, BBl 2001 4314 ff.

³³ Siehe Art. 271 Abs. 1 BStP.

³⁴ Botschaft BGG, BBl 2001 4313.

³⁵ Botschaft BGG, BBl 2001 4313.

³⁶ Art. 2 des 7. Protokoll zur EMRK (SR 0.101.07), Art. 14 Abs. 5 Uno-Pakt II (SR 0.103.2). Siehe Botschaft BGG, BBl 2001 4316.

³⁷ Botschaft BGG, BBl 2001 4317.

³⁸ Botschaft BGG, BBl 2001 4318.

³⁹ Dazu hinten 7.1.

⁴⁰ 1999 endete immerhin fast ein Drittel aller staatsrechtlichen Beschwerden mit einem Nichteintretensentscheid (Botschaft BGG, BBl 2001 4215). Zur Problematik der Wahl des richtigen Rechtsmittels im öffentlichen Recht siehe Walter Kälin / Markus Müller, Vom ungeklärten Verhältnis zwischen Verwaltungsgerichtsbeschwerde und staatsrechtlicher Beschwerde, ZBl 94 (1993), S. 433 ff.; Mathias Kuhn, Die Einheitsbeschwerde – mehr Rechtsschutz oder Entlastung des Bundesgerichts?, in: Benjamin Schindler / Regula Schlauri (Hrsg.), Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren, Zürich 2001, S. 69 ff., 72 f.; Karl Spühler, Die Praxis der staatsrechtlichen Beschwerde, Bern 1994, S. 88 ff.; spezifisch zur Problemlage im Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht Peter Karlen, Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Raumpläne. Zur Umgestaltung der Rechtsmittelordnung im Raumplanungsrecht durch die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts, recht 15 (1997), S. 125 ff.

⁴¹ Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021).

⁴² Zu den Realakten siehe Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. A., Bern 2005, § 38. Weitere Beispiele bei Sergio Giacomini, Vom «Jagdmachen auf Verfügungen», ZBl 94 (1993), S. 237 ff., 242 ff.; Paul Richli, Zum Rechtsschutz gegen verfügungsfreies Staatshandeln in der Totalrevision der Bundesrechtspflege, AJP 1998, S. 1426 ff., 1429.

⁴³ Richli (Anm. 42), S. 1431 ff.

⁴⁴ So auch Richli (Anm. 42), S. 1440 ff., mit ausführlichen Hinweisen auf die Literatur.

tenden Recht bestehende Möglichkeit, einen kantonalen Entscheid auf einem der Verwaltungsgerichtsbeschwerde entzogenen Gebiet wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte mit staatsrechtlicher Beschwerde anzufechten, war ebenfalls nicht mehr vorgesehen. Dieses Defizit wird nun allerdings durch die erst während den parlamentarischen Beratungen eingeführte subsidiäre Verfassungsbeschwerde abgefedert.⁵⁶

6.3 Streitwertgrenze

Auch bei der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten bestehen Streitwertgrenzen. Auf dem Gebiet der Staatshaftung beträgt die Limite 30 000 Franken, bei den öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen 15 000 Franken (Art. 85 Abs. 1 BGG). Wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, ist eine Beschwerde allerdings auch unterhalb der Streitwertgrenze zulässig.⁵⁷

6.4 Vorinstanzen

Mit Ausnahme der Entscheide der Bundeskanzlei betreffend die politischen Rechte und jener der unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen kann künftig nicht mehr direkt gegen Verfügungen von Bundesverwaltungsbehörden Beschwerde beim Bundesgericht geführt werden.⁵⁸ Die Kantone werden verpflichtet, als unmittelbare Vorinstanzen des Bundesgerichts obere Gerichte einzusetzen, soweit nicht nach einem anderen Bundesgesetz Entscheide anderer richterlicher Behörden der Beschwerde an das Bundesgericht unterliegen (Art. 86 Abs. 2 BGG). Was bislang ausschliesslich für Fälle galt, in denen die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig ist (Art. 98a OG), wird auf Materien ausgedehnt, die heute mit staatsrechtlicher Beschwerde angefochten werden können. Dass, wie auch von der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) gefordert, künftig je-

der Kanton eine Verwaltungsgerichtsbarkeit mit allgemeiner Zuständigkeit und grundsätzlich voller Sachverhalts- und Rechtskontrolle aufweisen muss, führt zweifellos zu einer Stärkung des Rechtsschutzes auf kantonomer Ebene.

6.5 Beschwerdeberechtigung

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten lehnt sich auch hinsichtlich der Legitimation an das Regime der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an, die – im Gegensatz zur staatsrechtlichen Beschwerde – kein rechtlich geschütztes, sondern lediglich ein tatsächliches Interesse fordert (Art. 103 lit. a OG).⁵⁹ Nach Art. 89 Abs. 1 BGG ist zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch den angefochtenen Entscheid oder Erlass besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat. In Stimmrechtssachen (Art. 82 lit. c BGG) steht das Beschwerderecht wie bisher jeder Person zu, die in der betreffenden Angelegenheit stimmberechtigt ist (Art. 89 Abs. 3 BV).

Da Bundesrat und Expertenkommission der Meinung sind, die Praxis interpretiere das Beschwerderecht Dritter oft zu grosszügig,⁶⁰ wurde die Voraussetzung des persönlichen Betroffenseins verschärft. Im Gegensatz zum geltenden Recht (siehe Art. 103 lit. a OG) soll es künftig nicht mehr ausreichen, dass der Beschwerdeführer berührt ist, er muss vielmehr besonders berührt sein. Der Botschaft ist in diesem Zusammenhang zu entnehmen, dass er über ein persönliches Interesse zu verfügen hat, das sich «vom allgemeinen Interesse der übrigen Bürger klar abhebt».⁶¹ Da die bundesgerichtliche Praxis bereits heute fordert, dass der Dritte zur Erlangung der Beschwerdelegitimation «stärker als jedermann berührt [ist]

und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache» steht,⁶² ist fraglich, ob die neue Formulierung den Kreis der Beschwerdelegitimierten tatsächlich einzuschränken vermag.⁶³ Der bundesrätlichen Botschaft sind jedenfalls keine Kriterien für eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung zu entnehmen. Es bleibt zu hoffen, dass die engere Umschreibung der Legitimationsvoraussetzungen nicht zu einer Verlagerung der Rechtsstreitigkeiten auf die Ebene der Prozessvoraussetzungen führt.⁶⁴

Macht der Beschwerdeführer eine drohende Rechtsverletzung durch einen Rechtsanwendungsakt geltend, genügt ein virtuelles Betroffensein: Legitimiert sind alle, auf welche die als verfassungswidrig erachtete Vorschrift künftig einmal angewendet werden könnte. Vorausgesetzt wird in der Regel, dass der Beschwerdeführer im betreffenden Kanton wohnt und damit dessen Territorialhoheit untersteht, wobei die Praxis gewisse Erweiterungen zulässt.⁶⁵ Diese grosszügige Praxis zur Legitimation bei der abstrakten Normenkontrolle soll beibehalten werden.⁶⁶

Zwar wird die Voraussetzung des Berührtseins künftig verschärft, die Übernahme des Legitimationskonzepts der Verwaltungsgerichtsbeschwerde für die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten bewirkt allerdings gleichzeitig eine Erweiterung der Beschwerdebefugnis. Als Konsequenz des Verzichts auf ein rechtlich geschütztes Interesse werden künftig in allen Fällen, die der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten unterliegen – also auch dort, wo gemäss geltendem Recht die staatsrechtliche Beschwerde zulässig ist –, Verletzungen des Verbots ungleicher Rechtsanwendung (Art. 8 Abs. 1 BV) und des Willkürverbotes (Art. 9 BV) selbständig gerügt werden können.⁶⁷ Ob das Bundesgericht künftig stärker in die kantonale Rechtsanwen-

dung eingreifen wird, ist allerdings fraglich.

Zum einen sind die Hürden für die Bejahung von Willkür sehr hoch angesetzt.⁶⁸ Zum anderen macht das BGG, wie bereits das OG, teilweise bereits den Zugang zum Gericht von einem Anspruch abhängig, so bei ausländer- und asylrechtlichen Bewilligungen oder Subventionen,⁶⁹ und klammert wichtige Sachbereiche wie die öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse⁷⁰ weitgehend aus.⁷¹

Entscheide über die ordentliche Einbürgerung unterliegen im Übrigen nicht der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 83 lit. b BGG). Hier steht nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde zur Verfügung, die nach wie vor ein rechtlich geschütztes Interesse voraussetzt.⁷² Die Rüge, eine Einbürgerung sei willkürlich verweigert worden, ohne dass daneben eine Verletzung weiterer Grundrechte wie des Diskriminierungsverbotes oder von Verfahrensgarantien gerügt werden kann, wird daher auch in Zukunft nicht möglich sein.⁷³

7 Subsidiäres Rechtsmittel

7.1 Durch Parlament korrigiert

Ein Blick in die Entstehungsgeschichte der subsidiären Verfassungsbeschwerde hilft, um ihre Funktion und Tragweite zu erfassen. Das vom Bundesrat vorgeschlagene Konzept beschränkte sich auf die drei Einheitsbeschwerden sowie die Klage, bei der das Bundesgericht als einzige Instanz Recht spricht.⁷⁴ Die damit angestrebte Entlastung des höchsten Gerichts brachte ein Rechtsschutzdefizit mit sich, das nicht kritiklos hingenommen wurde.⁷⁵

Rechtsschutzlücken offenbarten sich an verschiedenen Stellen. So sollte bei vermögensrechtlichen Zivilstreitigkeiten sowie bei Staatshaftungsfällen unter 40 000 Franken, vorbehaltlich des Vorliegens einer

Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, keine Beschwerdemöglichkeit vor Bundesgericht mehr bestehen. Dasselbe war für Bagatellstrafsachen vorgesehen, die heute uneingeschränkt auf ihre Bundesrechts- und Verfassungskonformität hin überprüfbar sind. Da sämtliche nicht vermögensrechtlichen Zivilstreitigkeiten weiterhin beschwerdefähig sein sollten, nahm der Bundesrat ein markantes Rechtsschutzgefälle zwischen den einzelnen Rechtsgebieten in Kauf. Auch in den vom Negativkatalog der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten betroffenen Gebieten sollte der Zugang zum Bundesgericht grundsätzlich verschlossen bleiben.⁷⁶ Das Rechtsschutzdefizit offenbarte sich vor allem darin, dass in diesen Fällen keine Rügemöglichkeit für klassische Verfassungsverletzungen wie Verletzungen des rechtlichen Gehörs oder der Verteidigungsrechte mehr bestehen sollte; den Rechtssuchenden stand nur – aber immerhin – der Weg nach Strassburg offen. Dem Bundesgericht war es in dieser Konzeption zudem in massgeblichen Bereichen versagt, für eine einheitliche Auslegung und Anwendung des Bundesrechts durch die Kantone zu sorgen.

Nachdem das Bundesgericht am 5. Januar 2004 an den Präsidenten der Rechtskommission des Nationalrates und den Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) gelangt war und vorgebracht hatte, die im Rahmen der ständerätlichen Beratungen vorgenommenen Anpassungen am BGG stünden im Widerspruch zu den Zielen der Totalrevision der Bundesrechtspflege,⁷⁷ wurde nochmals eine Arbeitsgruppe eingesetzt. Neben einer Senkung der Streitwertgrenze auf 30 000 Franken wurde eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegen kantonale Entscheide vorgeschlagen, die in jenen Fällen zur Verfügung stehen soll, wo die Einheitsbeschwerde

⁴⁵ Siehe BGE 121 I 138, 146 f. E. 5c/aa; Ulrich Häfelin/Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. A., Zürich etc. 2005, Rz. 1943; Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2004, § 18 Rz. 31 ff.

⁴⁶ Vergleiche Häfelin/Haller/Keller (Anm. 9), Rz. 1959.

⁴⁷ Vergleiche Art. 189 Abs. 4 BV in der Fassung gemäss dem Bundesbeschluss vom 8. Oktober 1999 über die Reform der Justiz (von Volk und Ständen am 12. März 2000 angenommen, noch nicht in Kraft; AS 2002, 3148 ff.).

⁴⁸ Siehe Art. 191 BV; Art. 190 BV in der Fassung gemäss dem Bundesbeschluss vom 8. Oktober 1999 über die Reform der Justiz (siehe Anm. 47); Häfelin/Haller (Anm. 45), Rz. 2093 ff.

⁴⁹ In der Fassung gemäss dem Bundesbeschluss vom 8. Oktober 1999 über die Reform der Justiz (siehe Anm. 47).

⁵⁰ Bundesgesetz vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte (SR 161.1).

⁵¹ Siehe Art. 100 Abs. 1 lit. p OG. Beschwerden gegen Entscheide der Kantonsregierungen betreffend eidgenössische Wahlen und Abstimmungen werden derzeit zur Hauptsache vom Bundes- beziehungsweise vom Nationalrat beurteilt (Art. 81 und 82 BPR).

⁵² In der Fassung gemäss dem Bundesbeschluss vom 4. Oktober 2002 über die Änderung der Volksrechte (von Volk und Ständen am 9. Februar 2003 angenommen, erst teilweise in Kraft; AS 2003, 1949 ff.).

⁵³ Siehe auch René Rhinow, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel etc. 2003, Rz. 2669.

⁵⁴ Die Definition der Ausnahmetatbestände gab teilweise zu Diskussionen Anlass. Der Ständerat hat beispielsweise beschlossen, bau- und planungsrechtliche Angelegenheiten von der Beschwerde auszunehmen, ausser es handle sich um Entscheide betreffend materielle Enteignung, Zonenkonformität von Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone oder Ausnahmegewilligungen ausserhalb der Bauzone. Diese Fortführung von Art. 34 Abs. 1 RPG wurde vom Nationalrat allerdings verworfen. Siehe dazu Pierre Tschannen, Einheitsbeschwerde im Raumplanungsrecht, NZZ vom 25. April 2005, S. 9.

⁵⁵ Aufgegeben wurde beispielsweise der Ausschluss von Verfügungen über die Allgemeinverbindlicherklärung von Rahmenmietverträgen (Art. 99 Ziff. 1 Abs. 1 lit. abis OG) und von Verfügungen über Pläne, soweit es sich nicht um Entscheide über Einsprachen gegen Ent-

nicht zulässig ist, sei es, weil der Streitwert nicht erreicht wird oder es sich um ein ausgeschlossenes Sachgebiet handelt.⁷⁸ Damit wurde im Ergebnis die staatsrechtliche Beschwerde, die nach Ansicht des Bundesrates eigentlich in der Einheitsbeschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten aufgehen sollte, wieder eingeführt.

7.2 Reaktionen gemischt

Zur subsidiären Verfassungsbeschwerde liegen mit Ausnahme eines Arbeitspapiers⁷⁹ keine Materialien vor und die Literatur hat sich bislang noch kaum mit diesem Rechtsmittel auseinander gesetzt.⁸⁰ Die ersten Reaktionen sind nicht durchwegs positiv; es ist die Rede von der «grosse[n] Unbekannte[n]», vom «Kuckucksei», welches das Parlament dem Bundesgericht ins Nest gelegt hat, ferner vom «referendumspolitischen Lockvogel» und vom «gesetzgeberischen Husarenstreich».⁸¹

Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde lehnt sich in weiten Teilen an die heutige staatsrechtliche Beschwerde an, verfügt aber über einen engeren Anwendungsbereich. Wie der Name zum Ausdruck bringt, kann sie nur dann ergriffen werden, wenn kein prinzipales Rechtsmittel nach Art. 72–89 BGG zulässig ist (siehe Art. 113 BGG). Anfechtungsobjekte bilden Entscheide letzter kantonaler Instanzen, wobei es irrelevant ist, auf welche rechtlichen Grundlagen sich ein Entscheid stützt. Einziger Beschwerdegrund ist die Verletzung verfassungsmässiger Rechte (Art. 116 BGG).

Die Legitimation ist im Vergleich zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingeschränkt. Ein lediglich tatsächliches Interesse reicht nicht; der Beschwerdeführer muss vielmehr – wie bei der staatsrechtlichen Beschwerde – über ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheides verfügen

(Art. 115 lit. b BGG). Die Praxis wird klären müssen, ob die restriktive Praxis zu Art. 88 OG weiterhin Geltung behalten wird, insbesondere, wenn Verletzungen der Rechtsanwendungsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) und des Willkürverbots (Art. 9 BV) gerügt werden.⁸²

Führt eine Partei gegen einen Entscheid sowohl ordentliche Beschwerde als auch subsidiäre Verfassungsbeschwerde, so hat sie beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen. Das Bundesgericht behandelt die beiden Beschwerden im gleichen Verfahren. Die vorgebrachten Rügen werden dabei nach den Vorschriften über die entsprechende Beschwerdeart geprüft (Art. 119 BGG).

8 Rechtsschutz gewährleisten

Mit der Totalrevision der Bundesrechtspflege wurden eine wirksame und nachhaltige Entlastung des Bundesgerichts, die Verbesserung des Rechtsschutzes sowie die Vereinfachung der Verfahren und Rechtswege angestrebt. Gradmesser für die Zielerreichung bilden primär die sich abzeichnenden Konsequenzen für das Bundesgericht einerseits und die Rechtssuchenden andererseits.

Die Schaffung richterlicher Vorinstanzen auf Bundes- und auf kantonaler Ebene ist zweifellos ein wichtiger Beitrag zur Entlastung des Bundesgerichts, da das oberste Gericht von zeitaufwändigen erstinstanzlichen Verfahren befreit wird und sich auf die Beantwortung von Rechtsfragen konzentrieren kann. Die konkrete Ausgestaltung des Rechtsschutzes vor Bundesgericht relativiert diesen Entlastungseffekt allerdings erheblich. Insbesondere die Einführung der subsidiären Verfassungsbeschwerde führt aller Voraussicht nach dazu, dass sich die Zahl der Beschwerden auch künftig auf einem konstant hohen Niveau be-

wegen wird.⁸³ Die Existenz gemeinsamer Eintretensvoraussetzungen bedingt sodann einen erhöhten Koordinationsaufwand innerhalb des Bundesgerichts, da ansonsten die Gefahr besteht, dass dieselben Begriffe für die drei Beschwerdearten in den verschiedenen Kammern widersprüchlich ausgelegt werden.⁸⁴ Schliesslich darf nicht unterschätzt werden, dass sich künftig jede Kammer mit Fragen verfassungsrechtlicher Natur auseinander setzen muss, was ebenfalls eine zusätzliche Belastung impliziert, die immerhin durch das bei der Verletzung verfassungsmässiger Rechte geltende Rügeprinzip etwas gemildert wird.

Gewisse Entlastungseffekte könnten sich aus dem Verzicht auf ein rechtlich geschütztes Interesse im Rahmen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ergeben. Zwar führt die generelle Geltung des Legitimationskonzepts der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu einer Ausdehnung des Beschwerderechts und damit möglicherweise auch zu einer grösseren Geschäftslast. Allerdings wird das Bundesgericht künftig davon entbunden sein, sich bereits im Rahmen der Eintretensvoraussetzungen vertieft mit materiell-rechtlichen Fragen auseinander zu setzen.⁸⁵ Im Übrigen hat es das Bundesgericht bei der Konkretisierung des Begriffs der «Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung» in der Hand, dem Entlastungseffekt der Revision stärker zum Durchbruch zu verhelfen. Dabei ist jedoch zu bedenken, dass eine zu enge Auslegung des Begriffs den Rechtsschutzbedürfnissen der Einzelnen widerspricht.

Gerade in der Einführungsphase des BGG wird das Bundesgericht zahlreiche Fragen zu klären haben. Sollte mit dem BGG im Ergebnis eine Entlastung des Bundesgerichts verbunden sein, so dürfte diese erst in einigen Jahren spürbar werden. Sachlich spricht demnach wenig dafür, in dieser Entwicklungsphase den

Personalbestand beim höchsten Gericht zu reduzieren.⁸⁶

Der bundesrätliche Entwurf des BGG legte bedeutend mehr Wert auf die Entlastung des Bundesgerichts als auf den umfassenden Rechtsschutz. Im Rahmen des weiteren Gesetzgebungsprozesses konnte der befürchtete massive Justizabbau⁸⁷ im Wesentlichen abgewendet werden. Vor allem die gegenüber dem Entwurf gesenkte Streitwertgrenze im Zivilrecht, der Verzicht auf die Streitwertgrenze im Strafrecht und die Ergänzung der Einheitsbeschwerden um die subsidiäre Verfassungsbeschwerde tragen den Rechtsschutzbedürfnissen der Einzelnen angemessen Rechnung.

Die Aufnahme der subsidiären Verfassungsbeschwerde in ein mehr oder weniger in sich geschlossenes Rechtsschutzkonzept verleiht dem Reformpaket zwar von Beginn weg den Anschein eines Flickwerks.⁸⁸ Zudem müssen bei Unklarheiten über Umfang und Tragweite des Negativkatalogs der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten auch künftig zwei Rechtsmittel eingelegt werden; immerhin werden die im geltenden Recht bestehenden ungleich komplexeren Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen zivilrechtlicher Berufung und strafrechtlicher Nichtigkeitsbeschwerde beziehungsweise der staatsrechtlichen Beschwerde und der Verwaltungsgerichtsbeschwerde obsolet.⁸⁹ Aus Sicht der Parteien ist die Umgestaltung des Rechtsschutzes vor Bundesgericht grundsätzlich eher positiv zu würdigen.

Eine Erleichterung ergibt sich für die Rechtssuchenden zweifellos daraus, dass sie Verfassungs- und Gesetzesverletzungen künftig in einem Rechtsmittel rügen können. Ob die sich stellenden Verfahrensfragen den Beizug einer Rechtsvertretung kaum mehr erfordern werden,⁹⁰ ist indes fraglich. Nicht zuletzt ist auch auf die Gefahr hinzuweisen, dass in der zivil- und strafrechtlichen Praxis die in

der Einheitsbeschwerde vorgebrachten Verfassungsrügen möglicherweise an Gehalt verlieren und vom Bundesgericht nicht mehr wie bisher in ihrer vollen Schärfe wahrgenommen werden.⁹¹

Die Totalrevision der Bundesrechtspflege vermag somit nicht alle angestrebten Ziele zu erreichen. Dass primär die Interessen der Rechtssuchenden an einem gut ausgebauten und übersichtlichen Rechtsmittelsystem begünstigt werden und sich eine Entlastung des Bundesgerichts aller Voraussicht nach nicht einstellen wird, ist allerdings nicht grundsätzlich negativ zu werten. Die rechtsstaatlichen Ansprüche an ein Rechtsmittelsystem und das Bedürfnis nach einer einheitlichen Anwendung des Bundesrechts in einem föderalen Gebilde bedingen, dass der konstant hohen Geschäftslast primär mit einer Erhöhung der zur Verfügung stehenden Mittel und nicht mit Zugangsbeschränkungen Rechnung getragen wird.

eignungen oder Landumlegungen handelt [Art. 99 Abs. 1 lit. c OG].

⁵⁶ Siehe dazu hinten 7.2.

⁵⁷ Zum Begriff vorne 3.5.

⁵⁸ Siehe Art. 86 Abs. 1 lit. c und Art. 88 Abs. 1 lit. b BGG.

⁵⁹ Siehe dazu statt vieler Ulrich Häfelin / Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Zürich etc. 2002, Rz. 1943 f.; René Rhinow / Heinrich Koller / Christina Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a. M. 1996, Rz. 1264 ff.

⁶⁰ Siehe Botschaft BGG, BBl 2001 4329.

⁶¹ Botschaft BGG, BBl 2001 4329.

⁶² Siehe etwa BGE 123 II 376, 379 E. 4a; 120 Ib 386; Isabelle Häner, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000, Rz. 521.

⁶³ Siehe Häfelin/Haller/Keller (Anm. 9), Rz. 1999. Auer (Anm. 6), S. 131, erblickt in der neuen Formulierung eine wirksame Einschränkung der Legitimation Dritter.

⁶⁴ Siehe Häner (Anm. 62), Rz. 570.

⁶⁵ Siehe BGE 122 I 90, 92 E. 2a; Häfelin/Haller (Anm. 45), Rz. 2010.

⁶⁶ Siehe Botschaft BGG, BBl 2001 4329.

⁶⁷ In diesen beiden Fällen hängt die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde davon ab, ob das im Einzelfall anwendbare Gesetzes- oder Verordnungsrecht dem Beschwerdeführer ein subjektives Recht einräumt. Siehe zum Willkürverbot statt vieler BGE 129 I 217, 221 f. E. 1.3; zur Rechtsgleichheit in der Rechtsanwendung siehe BGer vom 29. Januar 2002, 2A.471/2002, E. 2c/dd; BGE 129 I 118. Das Erfordernis des rechtlich geschützten Interesses spielt im geltenden Recht ferner bei der Beschwerde eines Dritten, der nicht Entscheidadressat ist, eine Rolle.

⁶⁸ Siehe statt vieler BGE 129 I 8, 9 E. 2.1; Häfelin/Haller (Anm. 45), Rz. 812 f.; Felix Uhlmann, Das Willkürverbot, Bern 2005, Rz. 16 ff.

⁶⁹ Siehe Art. 83 lit. c Abs. 2, lit. d Abs. 2 und lit. k BGG.

⁷⁰ Art. 83 lit. g BGG.

⁷¹ Kritisch dazu Beatrice Weber-Dürler, Zum Anspruch auf Gleichbehandlung in der Rechtsanwendung, ZBl 105 (2004), S. 1 ff., 36, die für einen generellen höchstrichterlichen Schutz der Rechtsanwendungsgleichheit plädiert.

⁷² Siehe dazu hinten 8.

⁷³ Siehe auch Uhlmann (Anm. 68), Rz. 610.

⁷⁴ Mit diesem Rechtsmittel werden Kompetenzkonflikte zwischen Bundesbehörden und kantonalen Behörden, Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen

oder zwischen Kantonen sowie Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche gemäss Verantwortlichkeitsgesetz beim Bundesgericht anhängig gemacht (siehe Art. 120 BGG).

- 75 Siehe Raselli (Anm. 21), S. 3 ff., der aufzeigte, dass die von der Expertenkommission entwickelte Einheitsbeschwerde Bestandteil eines Rechtsmittelsystems bildete, das die Zugangsbeschränkung nicht primär über den Streitwert und den Ausschlusskatalog definierte, sondern gestützt auf ein Vorprüfungsverfahren, bei welchem Beschwerden unter anderem dann für zulässig erklärt wurden, wenn der Ausgang des Verfahrens für den Betroffenen schwerwiegende Folgen haben konnte. Siehe ferner auch Karl Spühler, Die Reform der Bundesgerichtsbarkeit: Schwerpunkte einer dringlichen Aufgabe, ZBl 97 (1996), S. 209 ff., 219 f.; Martin Schubarth, Die Einheitsbeschwerde in Strafsachen – Flop oder Ei des Columbus, ZStR 120 (2002), S. 62 ff.; Ulrich Zimmerli, Verfassungsgerichtsbarkeit, ZSR NF 121 (2002), 1. Halbband, S. 445 ff. Eine Auseinandersetzung mit dieser Kritik findet sich bei Heinrich Koller/Christoph Auer, Totalrevision der Bundesrechtspflege – Rechtsschutzdefizite im Entwurf des Bundesrats?, ZSR NF 121 (2002), 1. Halbband, S. 459 ff.
- 76 Siehe dazu auch vorne 6.5.

- 77 Siehe den Bericht zu den Normvorschlägen der Arbeitsgruppe Bundesgerichtsgesetz vom 16. März 2004, Bern 2004, S. 1 (einsehbar unter www.bj.admin.ch; letztmals besucht am 14. Februar 2006).
- 78 Bericht Arbeitsgruppe Bundesgerichtsgesetz (Anm. 77), S. 2.
- 79 Bericht Arbeitsgruppe Bundesgerichtsgesetz (Anm. 77).
- 80 Siehe bislang Häfelin/Haller/Keller (Anm. 9), S. 2023 ff.; Kiener/Kuhn (Anm. 2), S. 148 f.; Heribert Rausch, Öffentliches Prozessrecht auf der Basis der Justizreform, Zürich etc. 2005, S. 55 ff.; Ulrich Zimmerli, Direkter Zugang zum Parlament. Bundesrat Blocher ist nicht der Vormund des Bundesgerichts, NZZ vom 12. August 2005, S. 15.
- 81 Zimmerli (Anm. 80), S. 15.
- 82 Kiener/Kuhn (Anm. 2), S. 154.
- 83 Kiener/Kuhn (Anm. 2), S. 149 f.; Raselli (Anm. 21), S. 4 und Karl Spühler/Peter Reetz, Das neue Bundesgerichtsgesetz aus der Sicht des Anwalts, in: Anwaltsrevue 4 (2001), S. 5 ff., 8, attestierten bereits dem vom Bundesrat vorgesehenen Konzept mit der Einheitsbeschwerde (ohne subsidiäre Verfassungsbeschwerde) kaum ein Entlastungspotenzial. Das Bundesgericht selbst ist der Ansicht, dass sich Entlastung und Mehrbelastung die Waage halten dürften, wobei zu Beginn mit einer grösseren

Belastung zu rechnen sei, da sich zunächst eine neue Praxis entwickeln müsse; siehe Giuseppe Nays, Die Justiz und das Sparen. Künftige Entlastungen des obersten Gerichts sind gering, NZZ vom 22. Juli 2005, S. 15.

- 84 Kiener/Kuhn (Anm. 2), S. 150, weisen auch auf die besonderen Abgrenzungsprobleme zwischen Rechtsfragen von grundlegender Bedeutung unterhalb der Streitwertgrenze und der subsidiären Verfassungsbeschwerde hin.
- 85 So auch Kuhn (Anm. 40), S. 83.
- 86 Siehe Kiener/Kuhn (Anm. 2), S. 159.
- 87 Siehe Thomas Gabathuler, Massiver Justizabbau am Bundesgericht, plädoyer 4/01.
- 88 Anderer Meinung offenbar Uhlmann (Anm. 73), Rz. 594, der darauf hinweist, die Aufnahme der subsidiären Verfassungsbeschwerde habe «massgeblich dazu beigetragen, dass die Gesamtkonzeption des Bundesrats in den Räten trotz hitziger Debatte weitgehend gewahrt wurde».
- 89 Zu den Abgrenzungsschwierigkeiten im geltenden Recht siehe Martin Schubarth, Nichtigkeitsbeschwerde – Staatsrechtliche Beschwerde – Einheitsbeschwerde?, AJP 1992, S. 849 ff., 855; Spühler (Anm. 40), S. 82 ff. und 92 f. sowie die Hinweise in Anm. 40.
- 90 So Kuhn (Anm. 40), S. 75 f.
- 91 Siehe Spühler (Anm. 75), S. 219.

96 JAHRE ZGB. EINE FESTSCHRIFT



Ein Buch zur Entstehung und Entwicklung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches.

Mit Beiträgen von Catherine A. Gasser, Thomas Geiser, Roland Gysin, Moritz Leuenberger, Kurt Meier, Peter Nobel, Hans Michael Riemer, Urs Saxer, René Schuhmacher, Margrit Sprecher, Dominique Strebel, Anita Thanei, Daniel R. Trachsel.

Die Festschrift würdigt die Pioniertat von Eugen Huber aus heutiger Sicht. Die Beiträge der 13 Autorinnen und Autoren befassen sich mit der Entstehungsgeschichte des Werks, beurteilen die gelungenen und weniger gelungenen Gesetzesrevisionen der letzten knapp 100 Jahre, werfen einen Blick auf die Rechtsprechung und wagen einen Ausblick auf mögliche Revisionen der nächsten 100 Jahre.

Bestellitalon

Ich bestelle . . . Exemplare «96 Jahre ZGB. Eine Festschrift» à Fr. 48.– (inkl. MwSt. und Porto)

Name: _____ Vorname: _____

Strasse: _____ PLZ/Ort: _____

Datum: _____ Unterschrift: _____

Einsenden an: plädoyer-Buchversand, Postfach 75, 8024 Zürich